



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht

Franke, M.E.

Citation

Franke, M. E. (2022, January 12). *Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*. Meijers-reeks. Boom juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DEEL I

Terreinverkenning

1 | Begripsbepaling

‘Wat is een raakvlak (...)? Ik stel me daarbij zoiets voor als een niemandsland, een strook waarin gebieden in elkaar overgaan. Neem de overgang van Nederland en België, het landschap verandert eigenlijk niet, maar er gebeurt iets mee waardoor je voelt dat de wereld steeds Belgischer en steeds minder Nederlands wordt. Het zit in de huizen, de straten, de kleding, de verschijnselen kortom, die naar een andere cultuur, een andere sociale werkelijkheid verwijzen. Dat wat verandert, voel je, niet wat gelijk blijft. Ook al gaat het geleidelijk, toch overschrijd je een grens. Een raakvlak verwijst naar verschillen, niet naar overeenkomsten.’

Rutger Kopland, *De dichter en de gek*.¹

1.1 ONDERWERP EN BENADERING ERVAN

1.1.1 Het onderwerp

Deze studie gaat over rechtvaardigingen bij onrechtmatige daad, en daarmee over de grenzen van de onrechtmatige daad.

Een onrechtmatige daad is een handeling die door de rechtsorde niet kan worden geduld.² Bepaalde handelingen echter, laten zich wel *aanzien* als onrechtmatig, maar zijn dat bij nadere beschouwing toch niet. Soms verricht iemand bijvoorbeeld een handeling, die op zichzelf alle kenmerken van een onrechtmatige daad vertoont, maar die niettemin door de rechtsorde wordt geduld, of zelfs gewenst. Denk aan de situatie waarin een fietser zijn stuur moet omgooien om een plotseling overstekend spelend kind te ontwijken, en daardoor tegen een geparkeerde auto rijdt.

Ook al is in dit voorbeeld sprake van het toebrengen van schade aan de eigendom van een ander, niet vol te houden is dat het beschadigen van de auto in deze omstandigheden ‘onrechtmatig’ zou zijn. Anders gezegd: de fietser heeft weliswaar inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht van de autobezitter,

1 In: *Het mechaniek van de ontroering*, Amsterdam: Van Oorschot 1995, p. 9.

2 De definitie is ontleend aan Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 18, die de onrechtmatige daad beschrijft als ‘een menselijke gedraging die in onze rechtsorde niet kan worden geduld’.

maar zijn handelen is gerechtvaardigd door het feit dat hij dit deed om het kind niet aan te rijden.

Zo'n rechtvaardiging is een reden die iemand aanvoert om de juistheid van zijn handelwijze aan te tonen.³ Zij wordt in het civiele recht een rechtvaardigingsgrond genoemd als zij krachtig genoeg is om de aanvankelijke kwalificatie van 'onrechtmatige daad' opzij te zetten. Daarnaast zijn er rechtvaardigingen die niet sterk genoeg zijn om het aanvankelijk oordeel over de onrechtmatigheid van de daad te veranderen. Denk aan de mogelijkheid om te bouwen op eigen grond. Deze bevoegdheid komt toe aan de grondeigenaar. Maar wanneer een ander door het uitoefenen van die bevoegdheid schade lijdt,⁴ schiet de enkele verwijzing naar de eigenaarsbevoegdheid tekort als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie van die ander.

In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is de rechtvaardigingsgrond te vinden op een centrale plaats, bij de omschrijving van de onrechtmatige daad in het tweede lid van artikel 6:162:

'Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'

In de visie van de wetgever fungeert de rechtvaardigingsgrond dus als omslagpunt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, als afgrenzing van wat onrechtmatig is. Daarmee heeft de rechtvaardigingsgrond een belangrijke functie bij de beoordeling van een mogelijk onrechtmatige handeling.⁵

Een daad is niet onrechtmatig wanneer een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Zoveel is uit artikel 6:162 lid 2 af te leiden.⁶ Maar voor het overige roept het artikel vooral vragen op,⁷ vragen die tot nu toe weinig aandacht hebben gekregen in de Nederlandse civielrechtelijke literatuur. Op welke wijze,

3 Van Dale spreekt van: 'het aantonen van de *rechtvaardigheid*, de *gewettigheid* van iets' (cursivering toegevoegd).

4 Bijvoorbeeld de eigenaar van het buurpand, waarin scheuren zijn ontstaan door de bouwwerkzaamheden op het belendende perceel.

5 In die zin bijv. ook Van Maanen die wijst op de 'uitermate belangrijke functie' die de verwijzing naar de rechtvaardigingsgrond in het systeem van artikel 6.3.1.1 kan hebben: Van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss.) 1986, p. 221. Zie ook Van Dam, volgens wie het element 'aard van de gedraging' een sleutelrol speelt bij het vaststellen van de waarde van de andere elementen van de zorgvuldigheidsnorm, en die daarbij in de eerste plaats denkt aan rechtvaardigingsgronden: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 120.

6 De toelichting formuleert het zo dat een daad haar onrechtmatig karakter kan 'verliezen' door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

7 Het feit dat de wetgever heeft afgezien van een nadere bepaling van de inhoud van het begrip rechtvaardigingsgrond (zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617), heeft weinig bijgedragen aan een beter begrip van de genoemde kwesties.

bijvoorbeeld, grijpt de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond in op de oordeelsvorming over het (mogelijk onrechtmatige) karakter van de handeling? Aan welke gronden is daarbij te denken? Aan welke voorwaarden zijn deze gronden onderworpen? Als er geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is, valt de vertrouwde basis voor schadevergoeding weg.⁸ Maar op welke grond kan dan schadevergoeding worden gevorderd door bijvoorbeeld de autobezitter die hierboven ten tonele is gevoerd? Of moet hij met zijn schade blijven zitten? En zijn er andere gevolgen die de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan hebben, zo ja: welke?

In deze studie wordt gezocht naar het antwoord op bovenstaande vragen. Onderzocht wordt wat de aard en functie van de rechtvaardigingsgrond zijn in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht, en hoe de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond de onrechtmatige daad precies afgrenst. En hiermee worden dus ook de grenzen van de onrechtmatige daad afgetast. Daarbij wordt niet alleen de echte rechtvaardigingsgrond betrokken, maar ook andere redenen die ter rechtvaardiging van de handeling kunnen worden aangevoerd. Bezien wordt welke rechtvaardigingen als verweer tegen een gestelde onrechtmatige daad slagen en welke redenen daarin tekortschieten en waarom dat zo is.

1.1.2 Kijken met je nachtoog

Dit boek gaat, het is hierboven al geschreven, over de rechtvaardiging en daarmee over de grenzen van de onrechtmatige daad. Het gaat letterlijk 'over' die grenzen. Niet de onrechtmatige daad zelf staat centraal, maar dat wat juist buiten de onrechtmatigheid ligt: de aandacht is gericht op de daad die net niet of juist volstrekt niet onrechtmatig is. De focus is dus gericht op de niet-onrechtmatige daad. Maar daarmee is niet gezegd dat de onrechtmatige daad buiten het blikveld ligt. Integendeel.

Wie een bepaalde zaak scherp wil observeren, doet dit soms het best door precies *naast* het voorwerp van zijn onderzoek te kijken. Deze oude wijsheid geldt voor wie 's avonds de blik op de sterrenhemel richt. De Belgische filosoof Oger vertelt over zijn ervaring in het leger:

'Een officier legde uit dat je in het donker beter niet recht voor je uit kunt kijken. Het netvlies is in het midden van je oog niet erg gevoelig in het donker. 's Nachts zie je beter met de zijkant van je oog. Daarom is het beter een beetje mis te kijken, ernaast te kijken.'⁹

8 Kern van artikel 6:162 is immers de in lid 1 neergelegde schadevergoedingsverplichting die rust op hem die een onrechtmatige daad pleegt.

9 Oger, *De indirecte blik* 1999, p. 17/18.

Zo'n manier van zien noemt Oger 'kijken met je nachtoog'.¹⁰ Ook bij het bestuderen van een theoretisch probleem kan dat nuttig zijn. Deze benadering wordt door Oger de *intentio obliqua* genoemd. De indirecte gerichte aandacht,¹¹ als tegenstelling van de *intentio recta*: de rechtstreeks op het onderwerp gerichte aandacht.¹²

Aan te nemen is dat de studie naar wat juist niet onrechtmatig is (de gerechtvaardigde daad) ook een beter zicht geeft op wat dan wel onrechtmatig is. Een vaag omljnd, bijna oeverloos onderwerp als de onrechtmatige daad leent zich waarschijnlijk zelfs goed voor een benadering via een omweg. Men bestudeert het leerstuk dan niet door de onrechtmatige daad *zelf* uitputtend te onderzoeken. Maar men richt de blik juist buiten het terrein van de onrechtmatige daad. Door een onderzoek naar de grenzen van een leerstuk komt het leerstuk zelf beter in beeld. Anders gezegd: inzicht in de redenen waarom een bepaalde daad niet of niet meer onrechtmatig is, kan een belangrijke bron van kennis zijn voor het antwoord op de vraag waarom een bepaalde gedraging *wel* onrechtmatig is. De onrechtmatige daad wordt zo van buitenaf beschouwd, via bestudering van haar begrenzer: de rechtvaardiging. Dat is de in deze studie gebruikte methode. Daartoe worden twee grensgebieden onderzocht.

Het eerste betreft de grens tussen onrechtmatigheid en rechtmatigheid. Op dat grensgebied bevinden zich de rechtvaardigingen en dat is ook het eigenlijke thema van deze studie: de rechtvaardiging in het aansprakelijkheidsrecht. In twee opzichten is daarmee overigens nog teveel gezegd. Ten eerste is dit een civielrechtelijke studie naar rechtvaardigingen. Onderzoeksterrein is dus het *civiele* aansprakelijkheidsrecht. Het strafrecht, waaraan civilisten veel kennis over rechtvaardigingsgronden ontlene, komt alleen bij wijze van vergelijking aan de orde. Ten tweede: het onderzoek is gericht op het *buitencontractuele* aansprakelijkheidsrecht. De kern van de studie betreft de rol die rechtvaardigingen spelen bij het oordeel over de (on)rechtmatigheid van een bepaalde gedraging.

Het tweede grensgebied dat aan de orde komt, is dat tussen onrechtmatigheid en schuld. De keuze hiervoor komt voort uit de omschrijving van het eerste onderzoeksthema. Sommige verweren van de gedaagde schieten tekort als rechtvaardigingsgrond, maar kunnen, naar veelal wordt aangenomen, wel dienst doen als schulditsluitingsgrond. Noodweexces is een voorbeeld dat in dit verband meestal wordt genoemd.¹³ Het bleek onmogelijk iets te zeggen over het verschil tussen rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden,

10 Oger, *De indirecte blik* 1999, p. 18.

11 Oger vertaalt als: 'met de schuinse blik', *De indirecte blik* 1999, p. 18.

12 In: *De onbeheersbaarheid van de beheersing* verdedigt Oger de stelling dat sommige zaken zelfs alleen via de *intentio obliqua* te benaderen zijn, *ANTW* 1999, p. 16-32. Deze stelling werkt hij uit in: *Nachtoog. Schuine wegen van de filosofie*, Kapellen: Pelckmans 2007.

13 Bijv. in *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/91 en 111.

zonder eerst in te gaan op de verhouding tussen de hoofdbegrippen onrechtmatigheid en schuld. Daarom werd ook dit onderwerp in het onderzoek betrokken.¹⁴

De hier gegeven beschrijving van het onderzoeksterrein kan de indruk wekken dat duidelijk is waar de grenzen van de onrechtmatige daad liggen. Die indruk zou onjuist zijn. Grootste moeilijkheid in het onderzoek bleek uit te vinden waar de grens zich eigenlijk *bevindt*. Op het gebied, gelegen tussen onrechtmatige en rechtmatige daad bijvoorbeeld, is duidelijk dat een bepaalde handeling in het ene geval onrechtmatig genoemd moet worden, maar dat die kwalificatie in andere omstandigheden niet passend is. Ergens in de omstandigheden verandert iets, waardoor ook het oordeel over de onrechtmatigheid verandert. En juist dat vage 'iets' verdient de belangstelling. Zoals de dichter zegt: 'Dat wat verandert, voel je, niet wat gelijk blijft. Ook al gaat het geleidelijk, toch overschrijd je een grens.' Dit boek is de neerslag van een onderzoek naar de grillige grens die onrechtmatigheid van rechtmatigheid, en onrechtmatigheid van schuld scheidt.

Dit eerste hoofdstuk van het boek dient een driedelig doel: het ordenen van de stof, het omschrijven van de belangrijkste begrippen en het verwijzen naar plaatsen in het boek waar bepaalde thema's verder worden uitgewerkt.

1.2 DE OLIFANT VAN HART

1.2.1 Het nut van een definitie

Na het voorgaande dient zich de logische vraag aan: Wat is een rechtvaardigingsgrond? De ontwerpers van het huidige BW hebben uitdrukkelijk afgezien van een omschrijving:

'In verschillende buitenlandse wetboeken worden bepaalde rechtvaardigingsgronden afzonderlijk geregeld, met name noodweer en noodtoestand. Het ontwerp heeft hierin deze wetboeken niet gevolgd. In verband met de nog bestaande onzekerheid over de juiste omschrijving van noodweer en noodtoestand en over de onderlinge begrenzing van deze beide rechtvaardigingsgronden heeft het ontwerp de nadere bepaling van de inhoud ook van deze rechtvaardigingsgronden aan wetenschap en rechtspraak overgelaten.'¹⁵

In de literatuur over het aansprakelijkheidsrecht is het evenmin eenvoudig een definitie te vinden van het begrip rechtvaardigingsgrond. Kennelijk bestaat aan een definiëring van het fenomeen ook weinig behoefte. De rechtvaardig-

14 Omdat het slechts een deelonderwerp is, wordt volstaan met de behandeling in een enkel hoofdstuk (hoofdstuk 9, *Schuld*). Zie daarover ook nog hierna, par. 1.6 (*Het grensgebied van onrechtmatigheid en schuld*).

15 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

gingsgrond wordt meestal beschreven aan de hand van zijn werking,¹⁶ al dan niet gevolgd door een opsomming van voorbeelden.¹⁷ Het lijkt alsof een duidelijke, algemeen gedeelde, maar niettemin altijd impliciet gebleven opvatting bestaat van wat een rechtvaardigingsgrond is.¹⁸

Het is als met de olifant die Hart beschrijft in zijn *Concept of Law*:

‘Definition, as the word suggests, is primarily a matter of drawing lines or distinguishing between one kind of thing and another, which language marks off by a separate word. The need for such drawing of lines is often felt by those who are perfectly at home with the day-to-day use of the word in question, but cannot state or explain the distinctions which, they sense, divide one kind of thing from another. All of us are sometimes in this predicament: it is fundamentally that of a man who says, “I can recognize an elephant when I see one but I cannot define it”.’¹⁹

Zelfs als een impliciete opvatting zou bestaan van wat rechtvaardigings-(s)grond(en) zijn, is het belang van een expliciete omschrijving groot. Niet *ondanks* het feit dat het gaat om een alledaags begrip waarbij velen zich wel iets kunnen voorstellen, maar juist *vanwege* dat feit.

1.2.2 Normschending in abstracto en normschending in concreto

Een Nederlands civilist die zich in elk geval heeft gewaagd aan een omschrijving van het karakter van rechtvaardigingsgronden is H. Drion:

‘Ziet men in de normen van geschreven of ongeschreven recht de voor meer dan één *geval* geldende rechtsregels, dan zijn de rechtvaardigingsgronden de voor meer dan één *norm* geldende uitzonderingen.’²⁰

De status van de norm is die van algemene regel, die in bepaalde situaties uitzondering lijdt – bijvoorbeeld omdat sprake is van een rechtvaardigingsgrond.

16 Vgl. bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/88*: ‘Een daad die, op zichzelf beschouwd, onrechtmatig zou zijn, kan haar onrechtmatige karakter verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’. En: Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding 2018/18*.

17 Zie: *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/89-97*; Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding 2018/18*.

18 Hetzelfde signaleert Eberhard Schmidhäuser voor het Duitse strafrecht. In handboeken en commentaren treft men er weliswaar verhandelingen over regel/uitzondering, opsommingen van rechtvaardigingsgronden en dergelijke. ‘Aber all dies setzt im Grunde einen Begriff von Rechtfertigung und dessen Definition voraus, und daran fehlt es fast durchweg’. *Zum Begriff der Rechtfertigung 1987*, p. 78/79.

19 Hart, *The Concept of Law 2012*, p. 13/14. Vgl. M. Groenhuijsen in *Ars Aequi-special 2013*, (*Privatisering van het strafrecht*), ‘Afrondende en overkoepelende beschouwingen’ (p. 606-614), p. 611: ‘Ik weet niet wat recht is, maar ik herken onrecht als ik het aantref’.

20 Hoffman/Drion/Wiersma, *Het Nederlandse verbintenissenrecht 1959*, p. 99.

Regel en uitzondering. Bij de beoordeling van de mogelijke onrechtmatigheid is dit hun rol: De algemene, abstracte (rechts-)regel brengt mee dat een bepaalde daad in het algemeen als onrechtmatig wordt aangemerkt; in het concrete geval kan blijken dat de daad toch anders moet worden beoordeeld. Het voorlopig gevormde oordeel over de onrechtmatigheid wordt in het concrete geval hervormd tot het definitieve.²¹ Schmidhäuser beschrijft dat voor het strafrecht zo:

‘bezeichnen wir den Wertverstoß als “Rechtsgutverletzung” und sehen wir in ihr das “Unrecht” begründet, dann hat die Frage nach Rechtfertigung mit Vorläufigkeit und Endgültigkeit des Urteils über das Unrecht zu tun. Auf der ersten Stufe ist dieses Unrechtsurteil nur vorläufig; zu einem endgültigen Urteil kommt es erst, wenn auf der zweiten Stufe nach weiteren Momenten des Tatgeschehens gefragt worden ist. Und zwar wird das vorläufige Unrechtsurteil auf der zweiten Stufe endgültig bejaht, wenn sich keine Rechtfertigung ergibt, und es wird endgültig verneint, wenn sich Rechtfertigung ergibt.’²²

Men kan de opvatting verdedigen dat het omslachtig, of zelfs onnodig is eerst uit te gaan van een voorlopig oordeel (een normschending in abstracto), om dat oordeel vervolgens voor een concreet geval te herzien.²³ Die opvatting wordt hierna uitgebreid besproken, en verworpen.²⁴ Maar nu reeds een korte beschouwing aan de hand van een logisch/taalkundig en een wetssystematisch argument.

1.2.3 Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging

Handelen op grond van een rechtvaardigingsgrond is uiteindelijk normconform gedrag. Maar het bijzondere ervan is dat het geen gewoon normconform gedrag is. Het is een handelen dat alle kenmerken vertoont van een onrechtmatige daad: er is schade, veroorzaakt door de handelende. Er is in principe ook sprake van een normschending. Alleen blijkt die normschending bij nader inzien toch geen normschending te zijn, omdat de handelende in dit geval goede grond had te doen zoals hij deed.

De vaststelling dat in principe sprake is van een normschending is van groot gewicht. De normschending gaat noodzakelijk vooraf aan de rechtvaardiging. Als er geen normschending is, behoeft immers ook niets gerechtvaardigd te worden; zonder normschending geen rechtvaardiging.²⁵ De rechtvaar-

21 Vgl. ook Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 46/47.

22 Schmidhäuser, *Zum Begriff der Rechtfertigung* 1987, p. 78. Vgl. voor het burgerlijk recht: Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* 1996, p. 169-171.

23 Zo bijvoorbeeld: Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.

24 In hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*).

25 Onjuist is dan ook Rb. Gelderland 29 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5120 (*Klapband*).

diging is een *verweer* van de gedaagde tegen een actie uit onrechtmatige daad. Loth merkt over het verweer op:

‘De strekking van een verweer is de toerekening van aansprakelijkheid te voorkomen of af te wentelen. Een verweer is dan ook alleen op zijn plaats wanneer men verantwoordelijk of aansprakelijk is gesteld. Een verweer is een reactie op de toerekening van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid. Wij vinden het dan ook vreemd, en zelfs verdacht, wanneer iemand zich verweert zonder voorafgaande ascriptie van verantwoordelijkheid. Dat is verdacht, omdat de betrokkene zich dan blijkbaar verantwoordelijk weet; zijn verweer berust op de veronderstelling dat hij verantwoordelijk is.’²⁶

Eerst de normschending, daarna de rechtvaardiging. Die volgorde is ook te herkennen in de voor artikel 6:162 lid 2 gekozen bewoordingen. De rechtvaardigingsgrond is hierin opgenomen als een uitzondering op de in het artikel genoemde normschendingen: ‘Als een onrechtmatige daad worden aangemerkt (volgt opsomming van normschendingen, MF), een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’ De toelichting bij het artikel wijst erop dat

‘wordt aangenomen dat een daad welke naar de algemene omschrijving onrechtmatig zou zijn, haar onrechtmatig karakter kan verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’.²⁷

Uit het woord ‘verliezen’ is af te leiden dat men ervan uitgaat dat een daad in principe als onrechtmatig moet zijn aangemerkt, voordat men aan de beoordeling van een eventuele rechtvaardigingsgrond toekomt.²⁸

Het strafrechtelijk systeem kent dezelfde methodiek, neergelegd in artikel 350 Sv. Daarover schrijft R Emmelink:

‘Het is duidelijk, dat de rechter op grond van het strafprocessuele systeem (...) eerst de vervolgingsuitsluiting onderzoekt, daarna de eventuele bewezenverklaring (...), dan de strafbaarheid van het feit (dus de rechtvaardigingsgronden) en tenslotte de strafbaarheid des daders.’²⁹

De volgorde is helder. Aan de behandeling van strafuitsluitingsgronden (waaronder rechtvaardigingsgronden) komt men pas toe als het feit is bewezen

26 Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 22.

27 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

28 Dit uitgangspunt is ook te vinden bij bijvoorbeeld Asser, optredend als wnd. A-G, in zijn conclusie (onder 19) voor HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703 (*Van Gastel/Van den Heuvel*).

29 *Hazewinkel-Suringa/R Emmelink* 1996, p. 276. Zie over het beslissingschema verder bijv. Koopmans, *Het beslissingsmodel 2017* en Corstens/Borgers & Kooijmans, *Nederlands strafprocesrecht* 2018, XVI (m.n. XVI.4 e.v.).

en kan worden gekwalificeerd (civielrechtelijk: als de normschending is vastgesteld). Als het tenlastegelegde feit niet is bewezen, volgt vrijspraak (artikel 352 lid 1 Sv). Bij een succesvol beroep op een strafuitsluitingsgrond wordt de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging (artikel 352 lid 2 Sv).³⁰ In dat geval ‘verdringt’ de rechtvaardiging de aanvankelijk aangenomen normschending:

‘Wenn auch der strafrechtliche Begriff von Rechtfertigung mit der Kollision von Werten zu tun hat, dann läßt sich auch diese Kollision nur in zwei Stufen erfassen, falls sie vorliegt. Auf der ersten Stufe wäre die Wertverletzung festzustellen. Nur wenn sie gegeben ist, kann es auf Rechtfertigung ankommen; ihre Feststellung bleibt der zweiten Stufe vorbehalten. Rechtfertigung wäre dann gegeben, wenn auf dieser Stufe ein Wertbejahendes Geschehen festzustellen wäre, das den Unwert der Wertverletzung, die auf der ersten Stufe festgestellt ist, „verdrängt“ (oder: relativiert).’³¹

1.2.4 De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging

Normschending en rechtvaardiging. Ze zijn tot nu toe apart van elkaar besproken. Maar ze kunnen niet los van elkaar worden gedacht. Normschending en rechtvaardiging zijn op elkaar *betrokken*, als beeld en spiegelbeeld. Aan de ene zijde de redenen waarom een daad onrechtmatig is; aan de andere zijde de redenen waarom diezelfde daad gerechtvaardigd is. Deze wederzijdsheid is belicht door R.J. Polak. Na zijn behandeling van de onrechtmatigheid begint hij de bespreking van rechtvaardigingsgronden zo:

‘Tot dusver is de dialectiek van het maatschappelijk evenwicht voornamelijk op één harer zijden gezien: de positie van de gelaedeerde, zijn rechtens beschermde belangen. De dogmatiek van de aanspraak uit onrechtmatige daad omvat evenwel ook de beschermingsnormen welke aan de zijde van de dader voor de vaststelling van het maatschappelijk evenwicht bepalend zijn.’³²

De norm beschermt het mogelijke slachtoffer tegen (schade door) onrechtmatig handelen; de rechtvaardiging de dader (handelende) tegen aansprakelijkheid. Normschending en rechtvaardiging zijn *polair*, naar tegenovergestelde kanten gericht.

30 Daarbij past een nuancering. Het ligt (uiteraard) anders bij delicten waarbij de wederrechtelijkheid een (impliciet) bestanddeel is van de delictsoomschrijving, zoals art. 350 Sr (waarin ‘opzettelijk en wederrechtelijk’ vernielen strafbaar wordt gesteld). Zie over de wederrechtelijkheid (uitgebreid) Dolman, *Overmacht* (diss.) 2006, par. 1.3, m.n. p. 19-21.

31 Schmidhäuser, *Zum Begriff der Rechtfertigung* 1987, p. 78.

32 Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 119.

Met het begrip polariteit bedoel ik hier twee zaken aan te duiden. Polariteit wil volgens Van Dale zeggen: 'het uit elkaar gaan van een eenheid in een tegengestelde tweehed'. Dat drukt ten eerste de zojuist beschreven dynamiek uit van normschending en rechtvaardiging: zij zijn aan elkaar 'tegengesteld'. Zij trekken beide van verschillende zijden aan de oordeelsvorming. De normschending trekt het oordeel richting 'onrechtmatig'; de rechtvaardiging trekt het richting 'rechtmatig'.³³ Ten tweede geeft het begrip polariteit uitdrukking aan de onderlinge samenhang – 'tweehed' – tussen normschending en rechtvaardiging. Tussen beide bestaat een zekere afhankelijkheid: niet tegen iedere normschending kan men zich succesvol verweren met een beroep op elke willekeurige rechtvaardigingsgrond. De rechtvaardiging moet de belangeninbreuk 'dekken',³⁴ om nogmaals Polak aan te halen.³⁵

1.2.5 De contouren komen in zicht

Inmiddels is de olifant van alle zijden gezien. Het wordt nu tijd te zoeken naar een definitie van een rechtvaardigingsgrond. Die moet op grond van het voorgaande de volgende elementen bevatten:

1. Er is sprake van een *normschending*: het handelen van de gedaagde kan in principe als onrechtmatig worden aangemerkt. Zojuist bleek waarom: waar geen normschending is, valt niets te rechtvaardigen.
2. Een rechtvaardigingsgrond is daarbij een *verweermiddel* van de gedaagde. Deze karakterisering is algemeen in Europa,³⁶ en ook in Amerika.³⁷ Zij is terug te voeren op de plaats die de Romeinsrechtelijke 'exceptio' in het proces innam.³⁸
3. Vele verweren zijn denkbaar. De gedaagde kan zich bijvoorbeeld beroepen op onbevoegdheid van de rechter, niet ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering, verjaring van de vordering, rechtsverwerking door, of eigen schuld van de eiser.³⁹ De gedaagde kan zijn daad verklaren, of hij kan

33 Zie over deze wisselwerking verder hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*) en 11 (*Involed op oordeel handeling*).

34 Zie over de strekking van de rechtvaardiging verder hoofdstuk 10 (*Relativiteit*), en over de concrete toepassing ervan: hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*).

35 Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 120. Overigens spreekt ook Polak van 'polariteit'. Hij betreft het begrip echter op de *norm*, die: 'zelf altijd een polariteit in zich sluit, immers de verhouding bepaalt tussen twee rechtssubjecten, en derhalve zelf weer wordt bepaald door de posities van ieder hunner' (p. 119).

36 Zie Von Bar, die rechtvaardigingsgronden bespreekt onder de 'allgemeinen Verteidigungsgründe', *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, p. 504 e.v.

37 Waar ze onder de 'defenses' worden geschaard. Zie *Prosser and Keeton on the law of torts* 1984, p. 108-159 en 451-498.

38 Daarover verder in hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*), par. 8.3.1 (*Van Rome...*).

39 Een algemene beschouwing van de mogelijke verweren na een gestelde en aangenomen normschending: Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, m.n. p. 162-166.

- zichzelf verontschuldigen. Een echte rechtvaardigingsgrond onderscheidt zich van alle andere verweren hierin dat de handelende erop wijst dat hij een goede *reden* voor zijn handeling had.
4. Met de verwijzing naar zijn beweegredenen richt de handelende zich *tegen de kwalificatie van de daad als 'onrechtmatig'*. De gedaagde beroept zich daartoe op feiten of omstandigheden die een herziening van die kwalificatie zouden kunnen meebrengen. Hierin komt het polaire karakter van de rechtvaardiging tot uitdrukking. Het beroep op de rechtvaardiging wil tegenwicht bieden aan de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig.
 5. De voor de handeling aangevoerde reden moet uiteindelijk *krachtig genoeg* zijn om die herziening te bewerkstelligen. Zij moet in staat zijn de voorlopige conclusie dat de daad onrechtmatig is te ontkrachten. Wanneer de grond daarin tekortschiet, kan er immers geen sprake zijn van een *gerechtvaardigde daad*.

Voorlopig samenvattend kan de rechtvaardigingsgrond worden omschreven als een verweermiddel tegen een vastgestelde normschending, sterk genoeg om te leiden tot verwerping van de aanvankelijke kwalificatie van de daad als 'onrechtmatig'.

1.2.6 Niet-onrechtmatig, of: rechtmatig?

De zojuist gegeven definitie drukt uit dat een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond ertoe leidt dat de daad *niet* als onrechtmatig wordt aangemerkt. Dat is kenmerkend voor alle beschrijvingen van de werking van rechtvaardigingsgronden. Hierboven zijn Asser/Sieburgh en de Parlementaire Geschiedenis op dit punt al geciteerd: door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan een daad haar onrechtmatig karakter verliezen.⁴⁰

Onduidelijk blijft daarbij wat het karakter van de gerechtvaardigde handeling dan *wel* is. Kan zij een rechtmatige daad worden genoemd? Of moet worden volstaan met het predicaat 'niet-onrechtmatig'? Voordat die vragen kunnen worden beantwoord, ga ik eerst na waarin de rechtmatige daad zich van de niet-onrechtmatige en onrechtmatige daad onderscheidt. Daarna wordt bezien of de hierboven gegeven definitie bijstelling behoeft.

40 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/88; TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616. In gelijke zin bijv. Schut, *Onrechtmatige daad* 1997, p. 46, die stelt dat rechtvaardigingsgronden de onrechtmatigheid 'wegnemen'.

1.3 HET GRENSGEBIED: VAN RECHTMATIGE EN ONRECHTMATIGE DAAD

Wat is een onrechtmatige daad? Artikel 6:162 laat zich als volgt samenvatten: Een anders handelen dan in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat kan zijn omdat men een inbreuk heeft gemaakt op het recht van een ander, een wettelijke plicht heeft geschonden, of zich anderszins niet zorgvuldig heeft gedragen (zie artikel 6:162 lid 2). Een onrechtmatige daad is normschendend gedrag. Onrechtmatig handelen is: zich anders gedragen dan behoort. In het aansprakelijkheidsrecht, dat zich bezighoudt met de vraag wie voor een *bepaalde* schade aansprakelijk kan worden gesteld, komt het meestal neer op de concrete variant: iemand heeft zich anders gedragen dan zou behoren *in de situatie waarin hij verkeerde*.

Hoe zou een rechtmatige daad moeten worden omschreven? Van de hierboven gegeven definitie van een onrechtmatige daad kan men de positieve variant bedenken: Rechtmatig handelen is zich zo gedragen als in een bepaalde situatie behoort. Rechtmatig handelen is normconform gedrag.

De tegenstelling rechtmatig/onrechtmatig op deze wijze opgevat, is in het aansprakelijkheidsrecht echter niet gangbaar. Dat hangt samen met het feit dat het aansprakelijkheidsrecht *sanctierecht* is.⁴¹ Het grijpt pas in daar waar de grens van het toelaatbare is gepasseerd. Het geeft aan waar de grens van het betamelijke ligt, wat echt niet meer door de beugel kan. *Daarvoor* bestaat een noodzaak tot definiëren; dat is onrechtmatig handelen. Alle andere handelingen zijn rechtmatig.

Rechtmatige daad is zo beschouwd dus een restcategorie: iedere daad die niet aan de omschrijving van een onrechtmatige daad voldoet. De verzameling van deze daden is een grijze, vormeloze massa handelingen. Zij omvat handelingen waarop in het geheel niets is aan te merken, tot handelingen op de rand van onrechtmatigheid. Ook het handelen op grond van een rechtvaardiging bevindt zich in deze groep daden. Om inzicht in rechtvaardigingen te verkrijgen, lijkt het daarom geraden eerst onderscheid aan te brengen in de diffuse groep van daden die men rechtmatig kan noemen.

1.4 VAN RECHTMATIG NAAR ONRECHTMATIG. EEN TYPOLOGIE

1.4.1 Inleiding

Rechtmatig is alles wat niet onrechtmatig is. Rechtmatige daad, het kwam al ter sprake, is de aanduiding van zowel de vlekkeloze als de bijna-onrechtmatige handeling. Ik begin met een beschrijving van die eerste soort rechtmatige daad, om ten slotte te komen bij het andere uiterste: de onrechtmatige daad.

41 Zie daarover verder uitgebreid in hoofdstuk 2 (*Strafrecht en burgerlijk recht*), met name par. 2.1.5, 2.2.2 en 2.3.1.

1.4.2 Type 1: geen schade; juiste belangenafweging. De rechtmatige daad

Prototype van 'de' rechtmatige daad is het onberispelijk handelen van de rechtschappen persoon. Veel culturen kennen een beschrijving van het voorbeeldige handelen van deze mens; van de hindoestaanse *brahmaan* tot de christelijke *heilige*. In de joodse traditie is het de *tzaddik*, de rechtvaardige, over wie wordt gezongen:

'Die rein van handen, en zuiver van hart is, die zijn ziel niet opheft tot ijdelheid, en die niet bedrieglijk zweert.'⁴²

Voor het recht is een fraaie verwoording van de juiste manier van leven te vinden aan het begin van de Instituten van Justinianus, in het eerste boek:

'honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere'.⁴³

Fatsoenlijk leven, een ander niet schaden en ieder het zijne geven. Dat zijn de regels waaraan de rechtschappen mens zich houdt.

Deze vleesgeworden zorgvuldigheid doet altijd het goede (we hebben dan ook te maken met een juridische abstractie) en dat levert de volgende paradox op. Enerzijds is de zorgvuldige persoon juridisch-praktisch oninteressant. Hij verschijnt nooit voor de rechter en men treft hem dus nooit aan in rechtspraak-overzichten. Want tegen iemand die geen schade veroorzaakt is geen actie uit onrechtmatige daad mogelijk.⁴⁴ Waar geen (dreigende) schade is, is geen belang, is geen actie.⁴⁵ In dit opzicht bestaat de zorgvuldige persoon niet voor het recht.⁴⁶ Anderzijds is deze persoon juridisch-theoretisch gezien van groot belang. Bij iedere beoordeling van de eventuele onrechtmatigheid van een bepaalde gedraging zal de rechter zich afvragen of de zorgvuldig handelende persoon in dit geval ook zo zou hebben gehandeld.⁴⁷ Aan zijn functioneren

42 Psalm 24:4, Statenvertaling. Niet minder mooi is de berijmde vertaling: '(Wie zal de tempel binnentreden?) Wie niet op loze wijsheid bouwt/ zijn hart en handen zuiver houdt/ van kwade trouw en valse eden'. Psalm 24:2.

43 Instituten Iustinianus 1.1.12-13.

44 Zie artikel 6:162 lid 1. Vgl. White, *Grounds of Liability* 1985, p. 24: 'The law is, however, primarily interested in our *conduct* in so far as that breaks the law' (cursivering in origineel).

45 Vgl. artikel 3:303.

46 Vgl. Nieuwenhuis: 'De zorgvuldige persoon heeft echter ook een belangrijk nadeel: hij bestaat niet'. *Wat is een onrechtmatige daad?*, R.M. Themis 1998, p. 245, r.k. Een uitzondering vormt artikel 4:102 para 1 PETL, waar de norm voor handelen wordt omschreven als 'The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances'. Zie daarover ook Sieburgh, *PETL: Defences* 2008, p. 58.

47 Op dit punt ga ik uitgebreid in bij de bespreking van de subsidiariteitseis, in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*), m.n. par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*), 7.4 (*Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid*) en 7.6 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid*). Over de maatman in het burgerlijk recht in het algemeen: *Maatmanbundel* 2008. Tegenhanger van deze handelende maatman is de 'maatmens-benadeelde'. Zie daarover de preadviezen van

als vergelijkingstype dankt de zorgvuldig handelende persoon zijn juridische bestaansrecht.⁴⁸

De zorgvuldige persoon houdt zich, als gezegd, keurig aan de hierboven al genoemde basisregels van het burgerlijk recht: *alterum non laedere* en *suum cuique tribuere*. De ander niet schaden en ieder het zijne geven, voor het aansprakelijkheidsrecht te vertalen als: geen schade veroorzaken en steeds de juiste belangenafweging maken. Precies op deze twee punten onderscheidt de zorgvuldige gedraging zich van andere rechtmatige daden.

1.4.3 Type 2: wel schade; juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad

Het is weinigen gegeven te leven als de *tzaddik*. Het lukt ook niet veel mensen te leven zonder ooit schade te veroorzaken. Sterker: soms eïsen de omstandigheden juist een onzachtzinnig optreden. Zoals in het geval van Odysseus, die met zijn makkers gevangen zat in de grot van de Cycloop en maar één uitweg zag:

‘En zij grepen de paal van olijfhout en dreven de scherpe punt in het oog, terwijl ik aan het einde draaiend kracht gaf, zoals wanneer een timmerman met een drillboor een gat draait in een scheepswand (...) zo hielden wij de vurige hefboom in het oog en bleven maar boren.⁴⁹

Wanneer iemand schade toebrengt aan een ander zal, op aangeven van de handelende, worden getoetst wat de handelende dreef.

Soms heeft iemand schade veroorzaakt, maar meent hij een goede reden voor zijn handelen te hebben. Vele redenen zijn denkbaar: het handelen op grond van een wettelijke plicht, het nastreven van bepaalde belangen, het uitoefenen van een eigen recht, of het handelen op grond van een andere bevoegdheid, zoals een vergunning. Waar moet zo'n handeling worden geplaatst op de schaal van rechtmatige tot onrechtmatige daad? Dat hangt af van de beoordeling van de rechtvaardiging die de handelende voor zijn schadeveroorzakend handelen aanvoert.

De door de handelende aangevoerde reden kan een zo dwingende en overtuigende zijn, dat de handeling uiteindelijk een 'gerechtvaardigde daad' moet worden genoemd. Daarvoor is vereist dat de handelende zich zo gedroeg als we van iedereen in die situatie zouden wensen. Zoals in het voorbeeld van de fietser die een geparkeerde auto beschadigt, omdat hij moet uitwijken voor een plotseling overstekend kind. Geconfronteerd met twee belangen: geen

Beumers & Van Boom en Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, preadvies VASR, Deventer: Wolters Kluwer, 2016.

48 En dan vooral in moeilijke gevallen. Vgl. P. Memelink: 'De maatman en de verkeersopvatting', in: *Maatmanbundel* 2008, p. 51.

49 Odysseia, Boek 9, vertaling: Imme Dros, *Odysseia*, Amsterdam: Van Oorschot 1991, p. 153.

schade toebrengen aan de auto en het niet aanrijden van het kind, heeft hij voor het zwaarstwegende belang gekozen. De handelende heeft weliswaar schade veroorzaakt, maar op zijn gedrag is overigens niets aan te merken.

Maar niet elke reden die de handelende voor zijn handelen aanvoert, leidt dwingend tot de conclusie dat de handelende ook handelde zoals hij behoorde. Zo verschaffen bepaalde bevoegdheden de laedens wel de mogelijkheid te handelen, maar ontslaan ze hem niet van de verplichting rekening te houden met de belangen van anderen. Een voorbeeld is de hierboven al genoemde bevoegdheid te bouwen op eigen grond. De omstandigheid dat men eigenaar is van de grond en dus gerechtigd is erop te bouwen, laat onverlet de verplichting maatregelen te treffen om schade aan eigendommen van anderen te voorkomen.⁵⁰ Niet iedere mogelijke rechtvaardiging *strekt* er ook toe de handelende te beschermen tegen een schadevergoedingseis. Zo heeft een vergunning nog geen vrijwaring tegen aansprakelijkheid te bieden.⁵¹ Ook als de handelende opereert binnen de voorwaarden van de vergunning en daarbij schade toebrengt aan derden, is niet uit te sluiten dat hij toch met succes tot vergoeding van die schade wordt aangesproken.⁵² Een beroep op het eigendomsrecht of op de vergunning is dus op zichzelf onvoldoende als verweer tegen een door de benadeelde ingestelde vordering uit onrechtmatige daad.

Met de voorbeelden komen de twee uitersten van de mogelijke gevolgen van het invoeren van een rechtvaardiging in beeld.

Aan de ene kant: de rechtvaardiging die zo sterk is, dat zij leidt tot het oordeel dat het handelen van de handelende niet alleen niet-onrechtmatig was, maar zelfs als normconform moet worden aangemerkt.⁵³ Wat de handelende deed, was het juiste. Het beeld dat in 1.4.2 is geschetst van de zorgvuldige persoon verdient na deze constatering aanvulling. De zorgvuldige persoon brengt geen schade toe. En als hij schade moet toebrengen, heeft hij daarvoor een goede reden en houdt hij voldoende rekening met de belangen van anderen.

Aan de andere kant: de rechtvaardiging die het gedrag van de handelende wellicht verklaart, maar tekortschiet als verweer tegen een onrechtmatige daadsactie. Bijvoorbeeld omdat de laedens bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid onvoldoende rekening hield met de belangen van anderen. Zo'n handeling

50 Vgl. bijv. HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, NJ 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*).

51 Zij vrijwaart de handelende uiteraard wel tegen aansprakelijkheid ten opzichte van belangen die bij haar verlening zijn meegewogen. Over vergunningen zie bijv. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 720-3.

52 Vgl. bijv. HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, NJ 1972/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*).

53 Vgl. A-G Rummelink in zijn conclusie voor HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*), die de dader het criterium aanlegt: 'dat hij heeft gehandeld, zoals in zo'n geval behoort te geschieden'.

is – uiteindelijk – een gewone onrechtmatige daad en hoort dus thuis bij het hierna te bespreken type 4.⁵⁴

Tot slot: alle daden in de hier besproken rubriek hebben één gemeenschappelijk kenmerk. Het gaat om handelingen waarbij de handelende de schade bewust toebrengt, of de kans op schade op de koop toeneemt, omdat hij meent een geldige reden te hebben om te handelen zoals hij deed; hij handelt opzettelijk, om een hoger doel te bereiken. Hij acht zich daarmee tot de handeling *bevoegd* (en vindt daarbij het recht aan zijn zijde). In dat opzicht verschillen deze daden van de nu te bespreken handelingen.

1.4.4 Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid

Van een heel andere orde dan de voorgaande, zijn daden die vervelende gevolgen hebben, maar die we de handelende toch niet kwalijk nemen. Zoals in het geval van de verhuizende zusjes:

Wendy helpt haar zus Monique bij het inrichten van haar woning. Daarvoor moeten onder andere twee linnenkasten vanuit de berging, onderin het flatgebouw, naar de woning van Monique worden gesjouwd. Bij de tweede kast gaat het mis. De zusjes lopen met de kast de trap op, en daar komen ze stil te staan. Wendy staat bovenaan en houdt met één hand de deur open en met de andere de kast vast. Haar zus staat enkele treden lager en heeft de kast met twee handen vast.

‘Vanuit deze positie heeft Monique de kast, teneinde hem door de deur te kunnen krijgen, horizontaal gedraaid. Hierbij verloor zij echter haar evenwicht en glipte de kast (voor beide partijen) onverwacht uit haar handen. In een wanhopige reactie heeft Monique de kast vervolgens een duw naar boven gegeven.’⁵⁵

Door deze duw raakt Wendy’s pols bekneld tussen de deur en de kast. Het letsel dat zij daarbij oploopt, leidt er uiteindelijk toe dat haar onderarm moet worden geamputeerd.

Mensen brengen niet alleen schade toe omdat ze menen daartoe gerechtigd te zijn (zoals geschetst in 1.4.3); ze veroorzaken ook schade per ongeluk of uit onhandigheid.⁵⁶ Uiteraard hadden we – juist vanwege de schadelijke gevolgen – liever gezien dat het anders was gelopen: Dat u even had omgeke-

54 Zie par. 1.4.6 (*Type 4: wel schade; onjuiste belangenafweging. De onrechtmatige daad*). Dit type handelingen wordt nader besproken in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

55 HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, NJ 2001/300 (*Verhuizende zusters*), r.o. 3.1.

56 In hoofdstuk 9 (*Schuld*) ga ik nader in op het begrip toeval. Toeval (*casus*) wordt daar besproken als tegenstelling tot een van de betekenissen van de term schuld: *culpa*, in par. 9.6.3 (*Culpa, als tegenstelling tot casus*).

ken voordat u achteruit stapte bij die bus.⁵⁷ Dat u met uw hakken geen putten had getrapt in de parketvloer van uw bureu.⁵⁸ Dat u niet zo onbezorgd met die tak had gezwaaid.⁵⁹ Of dat u even had gewacht voordat u die tennisbal naar uw medespeler sloeg.⁶⁰

De schade in deze gevallen wordt veroorzaakt door: onhandigheid, toeval, ongelukjes. Rechtens is dat niet zó afkeurenswaardig dat er een onrechtmatige daad in kan worden gezien. Daarmee is niet gezegd dat het allemaal even prettig is wat er gebeurt.⁶¹ Maar het recht verbindt er geen sancties aan. Weliswaar zijn de *gevolgen* van de handelingen vervelend, maar waar het in het aansprakelijkheidsrecht om gaat, is of de handeling *zelf* door de beugel kan. En het verwijt dat hier de handelenden gemaakt kan worden is, vanuit het sanctiestelsel van normschendingen bezien, niet ernstig genoeg. Aan hun daden wordt daarom niet de kwalificatie 'normschending' verbonden. De reden daarvoor kan zijn dat de schade niet voorzienbaar was (zoals bij de bus, de tak en de verhuizende zusjes), of dat bij de belangenafweging in het concrete geval andere (lichtere) normen golden dan normaal (het parket van de bureu en de ongelukkig geslagen tennisbal).⁶²

Aansprakelijkheid ontbreekt in deze gevallen, omdat de schade niet is veroorzaakt door een normschending. Er is, in de woorden van de Hoge Raad, 'geen onrechtmatige daad' gepleegd.⁶³ Dus is er geen aansprakelijkheid. De schade is slechts het gevolg van 'een ongelukkige samenloop van omstandigheden'.⁶⁴ Het begrip geeft, net als de kwalificaties onhandigheid/toeval/ongeluk, beeldend aan wat de oorzaak van de schade is geweest.⁶⁵ En voor

57 HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393 (*Bushalte*).

58 Het voorbeeld is ontleend aan Bloembergen, *Boekbespreking* 1991, p. 130, l.k. Vgl. ook RTS 6 februari 1995, VR 1995/177. Andere voorbeelden zijn te vinden bij Roelvink, *Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes* 1994, p. 325-333.

59 HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, NJ 1996/403 (*Zwiepende tak*).

60 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, NJ 1992/621 (*Tennisbal*).

61 Niet voor niets spreekt men in dit soort gevallen van 'een ongelukkige samenloop van omstandigheden'. Dat begrip komt hierna aan de orde, zie ook de hierna te noemen publicatie van Van Dam, *Het zinledige osvo-'criterium'* 2001.

62 Deze groep gevallen wordt hierna in verband gebracht met de proportionaliteits- en subsidiariteitsgedachte, in hoofdstuk 7, zie m.n. par. 7.7.2 (*Aard van de overtreden norm*).

63 Aldus bijv. in HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393 (*Bushalte*), r.o. 3.3.

64 Zie bijv. HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9426, NJ 1986/780 (*Dollende collega's*) en HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393 (*Bushalte*).

65 Tegen het gebruik van de terminologie 'ongelukkige samenloop van omstandigheden' is (mijns inziens ten onrechte) geageerd door Van Dam, *Het zinledige osvo-'criterium'* 2001. Hij is van mening dat 'osvo' geen criterium biedt, maar hooguit een conclusie is (p. 139), zie ook zijn *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 211-5, waar hij terecht aangeeft dat bij de meeste ongevallen sprake is van een osvo. Zoals uit de zojuist geciteerde bewoordingen van de Hoge Raad echter blijkt, gebruikt de Raad het begrip ook niet als criterium. Criterium is de onrechtmatige daad. Die is afwezig (althans: kan niet worden vastgesteld) in geval van een ongelukkige samenloop van omstandigheden.

de benadeelde betekent het vooral: pech. Hij zal zijn schade niet vergoed krijgen.

Kenmerk van de daden in deze categorie is dat weliswaar schade is veroorzaakt – dat is het verschil met rechtmatige daden van type 1 – maar dat deze *ongewild* is toegebracht en (dus) zonder dat de handelende meent dat hij de *bevoegdheid* had schade toe te brengen. In dat laatste opzicht wijken ze af van de gerechtvaardigde daden van type 2, waar de handelende zich juist bevoegd achtte te handelen zoals hij deed. Ze wijken ook af van de hierna te bespreken handelingen waaraan wel een afweging voorafging.

1.4.5 Type 3b: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. De niet-onrechtmatige daad

In het rechtsverkeer gaat het vaak om handelingen die evenals de zojuist besproken daden geen schoonheidsprijs verdienen, maar waarbij de handelende (anders dan bij de hierboven besproken groep daden) weliswaar een belangenafweging heeft gemaakt, en daarmee de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht opgezocht, maar niet overschreden. Het zal dikwijls gaan om het behartigen van het ‘welbegrepen eigenbelang’.

Te denken valt aan de iconische casus van neef Pos. Hij accepteerde een schenking van de boerderij aan hem – achterneef en lieveling – van zijn hoogbejaarde tante, terwijl hij wist dat op deze boerderij een koopoptie rustte ten behoeve van Van den Bosch. Het enkele profiteren van wanprestatie van een ander maakt het handelen van Pos (het nastreven van zijn eigenbelang ten koste van de belangen van Van den Bosch) nog niet onrechtmatig, volgens de Hoge Raad.⁶⁶

Verder valt te denken activiteiten in het economisch verkeer, waarmee aan anderen wel schade wordt berokkend, maar waarbij niet kan worden gezegd dat het handelen onrechtmatig is, zoals in het geval van eerlijke concurrentie.

Kenmerk van dit type handelingen is dat de belangenafweging uiteindelijk niet als onjuist wordt gekwalificeerd. Er heeft dus geen normschending plaatsgevonden, en daarmee verschillen deze daden van de nu te behandelen groep: type 4.

66 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*). Ook niet volgens het hof, zie r.o. 14. Het onrechtmatige school in de bijkomende omstandigheden, die de Hoge Raad noemt in zijn bespreking van de middelen C, D, F en H.

1.4.6 Type 4: wel schade; onjuiste belangenafweging.⁶⁷ De onrechtmatige daad

De categorie daden die hier de minste toelichting behoeft, is die van de onrechtmatige daden. Onrechtmatig handelen is handelen in strijd met een subjectief recht, met een wettelijke plicht, of met de maatschappelijke betamelijkheid. Benaderd vanuit de rechtvaardiging: het zijn de daden die niet te rechtvaardigen zijn, of waarvoor de aangevoerde rechtvaardiging tekortschiet.

Met name de rubriek 'strijd met de zorgvuldigheid' kan van belang zijn in geval van mogelijk gerechtvaardigd handelen. Dikwijls heeft de laedens weliswaar een bevoegdheid tot handelen, maar houdt hij bij het *uitoefenen* van die bevoegdheid onvoldoende rekening met de belangen van anderen. Om die reden kan zijn gedrag dan toch als onzorgvuldig en dus onrechtmatig worden aangemerkt.⁶⁸

1.4.7 Het verschil tussen rechtmatig en niet-onrechtmatig

Van de hierboven besproken daden zijn de typen 1 (de 'zuivere' rechtmatige daad) en 2 (de gerechtvaardigde daad) aan te merken als daden waarbij is gehandeld volgens de norm van de zorgvuldige persoon. Voor deze daden wil ik de term *rechtmatige daad* reserveren. Met een rechtmatige daad is dan dus bedoeld: zorgvuldig handelen, als volledig tegendeel van onrechtmatig handelen; de daad wordt daardoor gekenmerkt dat de handelende heeft gehandeld zoals men van ieder ander in deze positie zou willen dat hij handelde.

Als we deze toets toepassen op daden van type 3 (ongeluk, toeval, onhandigheid), valt deze negatief uit. Om het voorbeeld van verhuizende zusjes te nemen: de schade wordt hier toegebracht 'in een wanhopige reactie' van de ene zus. Zo'n reactie kan niet gelden als voorbeeld van de norm waarnaar iedereen in deze omstandigheden zou moeten handelen. Het gaat dan ook te ver om van een laedens uit deze categorie te zeggen dat hij zorgvuldig handelde. Maar de daden van dit type zijn anderzijds onvoldoende ernstig voor de kwalificatie 'onrechtmatig'. Handelingen in deze categorie zijn '*jenseits*

67 Naast de vier genoemde typen valt nog een vijfde te onderscheiden: *geen schade; onjuiste belangenafweging*. Wat betreft de normschending onderscheidt dit type zich niet van type 4 (de onrechtmatige daad) en behoeft daarnaast dus geen bespreking. Wanneer geen schade is geleden, zal geen belang bestaan bij een schadevergoedingsvordering. Maar de vaststelling dat een onjuiste belangenafweging plaatsvond of dreigt, kan van uiteraard wel belang zijn in het geval een verklaring voor recht wordt gevraagd.

68 Deze kwestie komt nader aan de orde in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

von Gut und Böse.⁶⁹ Ook bij de daden van type 4 gaat het om handelingen die onvoldoende 'fout' zijn voor de kwalificatie onrechtmatig. Tegelijkertijd zou het te ver gaan om van deze daden te zeggen dat ze zorgvuldig (in de zin van rechtmatig) zijn. Het zijn handelingen waar iets aan schort, maar niet zo ernstig dat ze het predicaat onrechtmatig verdienen. Bij type 3 en 4 is de handeling vaak ongewenst, maar rechtens bestaat er onvoldoende reden om de handeling als onrechtmatig te bestempelen. Daarom worden de daden van type 3 en 4 hier verder aangeduid als: *niet-onrechtmatig*.

1.4.8 Bijstelling definitie

In paragraaf 1.2.5 is de rechtvaardigingsgrond gedefinieerd als: 'Een verweermiddel tegen een vastgestelde normschending, sterk genoeg om te leiden tot verwerping van de aanvankelijke kwalificatie van de daad als onrechtmatig.'

Deze definitie blijkt na het voorgaande te ruim. Immers: ook wie stelt dat de door hem veroorzaakte schade het gevolg is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, richt zich tegen de beoordeling van de daad als onrechtmatig. Toch kan men zo'n verweer niet een rechtvaardigingsgrond noemen. Wat de handelende deed was niet *gerechtvaardigd*; wat hij deed, wordt hem hooguit niet aangerekend. Met een rechtvaardigingsgrond valt de verweerder de aanvankelijk, prima facie, aangenomen onrechtmatigheid aan. Hart beschrijft het beoogd gevolg van zo'n verweer: een 'exception, the effect of which is (...) to defeat the claim'.⁷⁰

De definitie is bovendien te weinig specifiek in de omschrijving van wat het verweer beoogt. Wie zich beroept op een rechtvaardigingsgrond, is niet alleen van mening dat de daad niet-onrechtmatig is. Zijn betoog berust op de stelling dat zijn handelen *rechtmatig* is, dat hij handelde zoals hij in deze omstandigheden moest.

In paragraaf 1.2.5 is verder als element van de definitie van de rechtvaardigingsgrond genoemd dat de handelende als grondslag van zijn verweer aanvoert dat hij een gegronde reden had te handelen zoals hij deed. Deze omschrijving van het karakter van het verweermiddel blijkt na het voorgaande te algemeen. De verweerder voert niet zomaar een 'gegronde' reden voor zijn handeling aan. Hij beroept zich op een bevoegdheid of zelfs verplichting tot zijn handelen – hij moest bijvoorbeeld een geparkeerde auto aanrijden om een spelend kind te ontwijken. Op grond van de ingeroepen bevoegdheid of plicht

69 Deze verwijzing naar Nietzsche is eerder gebruikt door Hazewinkel-Suringa/Remmelink, om een bepaald type strafuitsluitingsgronden (vervolgingsuitsluitingsgronden) mee aan te duiden (Hazewinkel-Suringa-Remmelink 1996, p. 272). Voor rechtvaardigingen zou dat een onjuiste kwalificatie zijn. Gerechtvaardigde daden verdienen het predicaat 'gut'.

70 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 148.

stelt de handelende tot de handeling gerechtigd te zijn. Het verweermiddel blijkt dus te kunnen worden omschreven als een *ingeroepen bevoegdheid*.

De voorlopige definitie moet daarom worden bijgesteld: Een rechtvaardigingsgrond is een verweermiddel, gericht tegen de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig, en sterk genoeg om die kwalificatie te veranderen in: rechtmatig, in de zin van zorgvuldig. Het verweermiddel is een ingeroepen bevoegdheid.

1.5 DEFINITIE EN IMPLICATIES

1.5.1 Uitwerking van de definitie

De rechtvaardigingsgrond is een ingeroepen bevoegdheid, waardoor de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig verandert in: rechtmatig, in de zin van zorgvuldig.

Deze definitie omvat enkele kwesties die voor een goed begrip van het volgende nog kort moeten worden uitgediept.

1.5.2 Niet bij risicoaansprakelijkheid?

Een beroep op een rechtvaardigingsgrond vooronderstelt een onrechtmatige handeling. Dat betekent dat in geval van een risicoaansprakelijkheid in principe geen beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond. Risicoaansprakelijkheden zijn immers aansprakelijkheden los van eigen onrechtmatig handelen. De aansprakelijkheid komt tot stand buiten enig verwijt aan de aansprakelijke persoon.

Daarbij moet echter worden bedacht, dat diverse risicoaansprakelijkheden een terugkoppeling naar afdeling 6.3.1 (artikel 6:162 e.v.) kennen via de tenzij-clausules.⁷¹ Daarmee wordt ook de werking van de rechtvaardigingsgrond 'binnengehaald'.⁷²

Bij andere risicoaansprakelijkheden is de onderliggende grondslag de onrechtmatige daad van een ander dan de aansprakelijke persoon. Denk aan de aansprakelijkheid van de werkgever voor de onrechtmatige daden van zijn ondergeschikten (artikel 6:170). Ook bij dit soort aansprakelijkheden is een

71 Zie bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken (6:173), opstallen (6:174) en dieren (6:179). De regeling van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (6:175 e.v.) kent een dergelijke clausule niet, maar wel een aparte opsomming van aansprakelijkheidsuitsluitingsgronden (in 6:178), die de oorspronkelijk voorgestelde tenzij-clausule voor dit type aansprakelijkheid vervangt (zie *Kamerstukken II 1988/89*, 21 202, nr. 3, p. 11-12).

72 Zie over risicoaansprakelijkheid en rechtvaardigingsgronden: Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 234-241.

beroep op een rechtvaardiging mogelijk, namelijk door degene die de *fout* beging.

In verband met risicoaansprakelijkheden kan het fenomeen rechtvaardigingsgrond dus toch van belang zijn.

1.5.3 Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging

Gevolg van een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond is dat de handeling niet meer onrechtmatig, maar rechtmatig is. Dat betekent dat tegen een gerechtvaardigde daad niet nogmaals een rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen. Een beroep op een rechtvaardigingsgrond vooronderstelt immers een *onrechtmatige* daad.

Om deze reden is bijvoorbeeld geen noodweer toegelaten tegen een handeling gepleegd in noodweer, zoals de casus van Hilhorst en Van der Berg illustreert.

In Amsterdam komt het tot een treffen van Feyenoord- en Ajaxsupporters. Tussen de Feyenoord-supporters bevindt zich politieagent Van der Berg. Hij is in burger, zonder assistentie van collega's, en dus voor anderen niet herkenbaar als agent. Op zeker moment achtervolgt Van der Berg de Ajaxsupporters, waaronder Hilhorst. Van der Berg trekt zijn pistool en richt dit op Hilhorst; Hilhorst valt Van den Berg daarop aan. Er ontstaat een vechtpartij waarbij Van der Berg letsel oploopt; ook Hilhorst heeft letsel, omdat Van der Berg hem in de hand schiet. Beide partijen beroepen zich – met betrekking tot het letsel van de ander – op noodweer.

In de civielrechtelijke procedure die volgt, is uitgangspunt de chronologisch eerste aanval, waarbij Van den Berg zijn wapen trok, terwijl hij niet als politieagent herkenbaar was. Tegenover deze aanval mocht Hilhorst zich verweren. Hij voelde zich door Van der Berg bedreigd en hij kon in de gegeven omstandigheden niet vermoeden dat Van der Berg agent was, aangezien deze niet als zodanig herkenbaar was. De rechtbank concludeert dat

'gezien de omstandigheden waaronder een en ander plaatsvond het wederrechtelijke karakter aan de aanval van Hilhorst en de hem te hulp gekomen personen komen te ontbreken'.⁷³

Ook Van den Berg beroept zich ook op noodweer. Hij loste tijdens de vechtpartij een schot toen Hilhorst de loop van de pistool omklemd hield. Maar als gevolg van de noodweerbevoegdheid van Hilhorst, was het wederrechtelijk karakter aan de aanval van Hilhorst komen te ontbreken en dan

73 Rb. Amsterdam 19 april 1989, ECLI:NL:RBAMS:1989:AL7723, VR 1990/91, p. 165.

‘komt Van der Berg geen beroep op noodweer toe’.⁷⁴

Na rechtvaardiging geen rechtvaardiging; tegen noodweer geen noodweer.⁷⁵

1.5.4 Rechtvaardiging ten tijde van handeling

Wie zich op een rechtvaardigingsgrond beroept, doet dit omdat hem wordt verweten dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Om dat verwijt te weerleggen, zal de aangesprokene een rechtvaardiging moeten aanvoeren die ten tijde van de handeling reeds bestond. Een beroep op een omstandigheid of rechtvaardiging die zich voordoet *nadat* de te rechtvaardigen handeling is gepleegd, kan de daad niet meer rechtvaardigen.

Lewin schrijft beledigende publicaties over de communist Nak, waarbij hij de rol van Nak in de Februaristaking van 1941 in twijfel trekt. Zijn artikelen worden door rechtbank en hof als grievend en kwetsend beschouwd. Tegen het oordeel van de rechtbank voert Lewin onder meer de grief aan dat de rechtbank de zaak te eenzijdig beoordeeld heeft, door geen rekening te houden met beschuldigingen en beledigingen die Nak – kennelijk na de gewraakte publicaties – ‘om zich heen strooit’, in het bijzonder over Mosje Dajan. De grief wordt door het hof verworpen, omdat Lewin ermee miskent dat geen plaats is voor een onderzoek naar ‘het gedrag van Nak posterieur aan het tijdstip waarop Lewin zijn beschuldigingen uitte’, aldus het hof.⁷⁶ Of, zoals Meijers schrijft: ‘Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet rechtmatigheid hebben.’⁷⁷

1.5.5 Geen putatieve rechtvaardiging

Een norm is hierboven, met de omschrijving van Drion, gekarakteriseerd als een voor meer dan één geval geldende rechtsregel.⁷⁸ De rechtvaardiging is weliswaar de uitzondering op de norm, maar tegelijkertijd, evenals de norm zelf, een voor meer dan één geval geldende regel. Wanneer in een bepaalde situatie een beroep op noodweer van iemand wordt toegewezen, zal het beroep van een ander, die in dezelfde omstandigheden verkeert, eveneens worden toegewezen. Norm en rechtvaardiging zijn in deze zin objectieve rechtsregels. Hun gelding gaat uit boven het toevallige individuele geval; zij zijn herhaalbaar in andere, soortgelijke situaties.

74 Rb. Amsterdam 19 april 1989, ECLI:NL:RBAMS:1989:AL7723, VR 1990/91, p. 165.

75 Zie in verband met het belang van de volgorde van de handelingen ook HR (Strafkamer) 10 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1307, *RvdW* 2019/977.

76 Hof Amsterdam 8 november 1973, ECLI:NL:GHAMS:1973:AC0572, *NJ* 1974/163 (*Lewin/Nak*).

77 Meijers, *Algemene begrippen* 1948, p. 308.

78 Vergelijk par. 1.2.2 (*Normschending in abstracto en normschending in concreto*).

Dat betekent dat een beroep op een vermeende (putatieve) bevoegdheid niet kan dienen als rechtvaardiging. Van een putatieve rechtvaardiging is sprake wanneer de handelende ten onrechte meent dat hij bevoegd is tot zijn handelen. Zoals in de casus die Strijards beeldend schetst:

‘Een toevallige passant hoort hulpgeschrei uit een woning komen. Het lijkt er bepaald op dat iemand gekeeld wordt. Om binnen te komen en hulp te verlenen slaat de voorbijganger een ruit in. Aanbellen heeft onder de gegeven omstandigheden immers geen zin. In de woonkamer treft hij een opgewekte roodstaartamazone aan, die met een ijver, een betere zaak waardig, gierend hulpgeroep nabootst als verkeerde iemand in levensnood.’⁷⁹

Een putatieve rechtvaardiging bestaat alleen in het hoofd van degene die er een beroep op doet. De handelende vergist zich, houdt de omstandigheden voor anders dan ze werkelijk zijn. Dat kan zijn handelen wellicht verklaren. Maar de individuele beleving van de handelende is te weinig om de gelding van de *norm zelf* te veranderen. De putatieve rechtvaardiging wordt dan ook niet gezien als rechtvaardigingsgrond die de onrechtmatigheid/wederrechtelijkheid opheft. In het strafrecht wordt aangenomen dat het beroep op een putatieve rechtvaardiging ertoe kan leiden dat geoordeeld wordt dat geen sprake is van verwijtbaarheid.⁸⁰ Bij de bespreking van de schulduitsluitingsgronden kom ik daarop voor het civiele recht nog terug.⁸¹ De omstandigheden kunnen ook meebrengen dat het *gevolg* van de normschending – in het burgerlijk recht: schadevergoeding – niet onverkort wordt toegepast, bijvoorbeeld in het geval het handelen van degene die zich op de putatieve rechtvaardiging wil beroepen, wordt uitgelokt of opgewekt door degene tegen wie de handeling gericht is.⁸²

79 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 53. Strijards (*Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 117) haalt ook het voorbeeld van een ‘putatieve’ (want later ingetrokken) vergunning aan, onder verwijzing naar HR, DD 1985, 128.

80 En dus tot een schulduitsluitingsgrond. Zie bijv.: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.7.3.1 en Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/7.4.4. Vgl. ook Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 54 en 116-118. Zie ook het overzichtsarrest HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*), r.o. 3.7.2: bij een beroep op putatieve noodweer moet worden onderzocht of sprake is van verschoonbare dwaling aan de kant van de verdachte. Op deze grond slaagde het beroep op putatief noodweer in Hof Den Haag 9 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2464 en faalde het in Rb. Den Haag 19 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9916.

81 In par. 9.7.3.1 (*Kenbaarheid van de norm*) e.v. Op het voorbeeld van de amazonepapegaai kom ik terug in par. 9.8.4 (*Toerekening op grond van de verkeersopvattingen*), laatste alinea.

82 Zie bijv. Hof Den Haag 12 december 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AG4070, NJ 2003/188, r.o. 4.3. Over uitlokking zie mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 11 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7050, JA 2012/124 (*Incident bij toegang metro*), m.nt. Franke onder 4. De kwestie van uitlokking komt hierna op verschillende plaatsen aan de orde; bij de bespreking van: *Culpa in causa* (H. 6) in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*); 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*); *Relativiteit* (H. 10) in par. 10.3.4. 3 (*De uitgelokte aanval*), Invloed op oordeel handeling (H.11) in par. 11.5.3 (*De niet zelf veroorzaakte situatie*) en 11.6.2 (*De rol van het*

1.5.6 Geen schadevergoeding op grond van artikel 6:162

Een belangrijk gevolg van de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond is dat de grondslag voor de schadevergoeding uit onrechtmatige daad ontbreekt. Aan de voorwaarden van artikel 6:162 lid 1 is immers niet voldaan. Dit artikel regelt de schadevergoedingsverplichting bij onrechtmatig handelen, waarvan bij een rechtvaardigingsgrond nu juist geen sprake meer is.

In het laatste gedeelte van dit boek komen de gevolgen van de aanwezigheid van de rechtvaardiging aan de orde. Daarin wordt aandacht besteed aan de gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de beoordeling van de handeling, en de gevolgen ervan voor het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsplicht.⁸³ Tegen een gerechtvaardigde daad is geen verbodsactie mogelijk. Dat laat zich eveneens afleiden uit de definitie die hierboven is gegeven. Een handeling op grond van een rechtmatige daad is immers uiteindelijk een zorgvuldige, door het recht gewenste, handeling. Het is niet in te zien hoe een dergelijke handeling verboden zou kunnen worden.

Op deze plaats is het goed er alvast op te wijzen dat voor sommige rechtvaardigingen geldt dat deze een verbodsactie blokkeren, maar een schadevergoedingsactie niet. Te denken valt bijvoorbeeld aan het handelen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen.⁸⁴ Artikel 6:168 stelt dat een vordering tot een verbod van deze gedragingen zal worden afgewezen, maar een vordering tot schadevergoeding toewijsbaar is op grond van onrechtmatige daad.⁸⁵

1.5.7 Rechtvaardiging en rechtvaardigingsgrond

De rechtvaardiging die de handelende voor zijn handeling aanvoert, moet krachtig genoeg zijn om de daad als een rechtmatige aan te merken. Voor sommige rechtvaardigingen geldt dat ze inderdaad sterk genoeg zijn om de belangenafweging in het voordeel van de handelende te laten uitvallen. Bij andere rechtvaardigingen is dat niet zonder meer het geval. Niet elke bevoegdheid tot handelen levert een complete rechtvaardiging van de daad op. In het

voorafgaand handelen) en Invloed op oordeel vergoedingsplicht (H. 12) in par. 12.5.3 (*Eigen gedrag voorafgaand aan te rechtvaardigen handeling*) en in 12.6.3.2 (*De schadevergoedingseis tegen de handelende*), waar (in de laatste alinea) ook het voorbeeld van de amazonepapegaai expliciet wordt besproken.

83 In hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

84 Zie daarover verder par. 4.1.4 (*De onvolledige rechtvaardiging en de aard van de vordering*) en par. 11.2.5 (*De samenhang tussen grond, weerlegging en claim*).

85 De gevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de schadevergoedingseis en andere vorderingen worden besproken in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

volgende gedeelte van dit boek (*deel II*) staan de mogelijke rechtvaardigingen van schade toebrengend handelen centraal. Daarover nu een enkel woord.

Allereerst kunnen worden onderscheiden de rechtvaardigingen die kunnen bewerkstelligen dat de daad als rechtmatig wordt aangemerkt. Deze rechtvaardigingen zijn *op zichzelf* in staat de omslag in de kwalificatie van onrechtmatig naar rechtmatig te bewerkstelligen. Ze voldoen daarmee aan de hierboven gegeven definitie van rechtvaardigingsgronden. Ze worden hierna, ter onderscheiding van andere soorten rechtvaardigingen, de *volledige* rechtvaardigingen genoemd en besproken in hoofdstuk 3.

Om twee redenen kan een rechtvaardiging onvolledig zijn. Zij kan ten eerste onvolkomen zijn, omdat er iets aan ontbreekt. Er is bijvoorbeeld niet voldaan aan de voorwaarden die gelden voor een volledige rechtvaardiging. Of de handelende beroept zich op een bevoegdheid die te zwak is om door haar enkele aanwezigheid de daad als zorgvuldig aan te kunnen merken. Deze gevallen bespreek ik in hoofdstuk 4 als *onvolledige* rechtvaardigingen. Een tweede reden waarom een rechtvaardiging als onvolledig getypeerd kan worden, geldt in het geval de handelende zich baseert op een voorwaardelijke of tijdelijke rechtvaardiging. Op het moment van zijn handelen heeft hij dan weliswaar een complete, toereikende bevoegdheid, maar op dat moment weet hij ook dat het voortbestaan van die bevoegdheid niet gewaarborgd is. Deze soort bespreek ik als *voorwaardelijke* rechtvaardigingen in hoofdstuk 5.

1.5.8 De betrokken partijen

In iedere situatie waarin iemand zich op een rechtvaardiging moet beroepen, zijn vier steeds terugkerende aspecten te onderscheiden. Er is:

1. een oorzaak van de situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardiging;
2. iemand die handelend optreedt in de ontstane situatie;
3. een reden waarom moet worden opgetreden: het belang dat moet worden gered;
4. schade veroorzaakt.

Deze aspecten vallen samen met de bijdrage van verschillende bij de situatie betrokken partijen. Die verschillende bijdragen licht ik kort toe, aan de hand van een voorbeeld van Meijers: Er is brand gesticht, en iemand grijpt de deken van een ander om daarmee de voor een derde dreigende dood door verbranding te voorkomen.⁸⁶ In dit geval zijn vier verschillende betrokken partijen te onderscheiden.

⁸⁶ In zijn noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549 e.v., op p. 1553. Het gegeven dat de brand is *gesticht*, is door mij aan het voorbeeld van Meijers toegevoegd.

Allereerst is er iemand die de situatie teweegbrengt waarin een beroep op rechtvaardigingsgrond noodzakelijk is. Hij is degene die de reden tot ingrijpen *veroorzaakt*. In het zojuist gegeven voorbeeld is dat de brandstichter.

Vervolgens is er een ingrijpende persoon. Deze *handelt* in de ontstane situatie. Hij brengt daarbij schade toe en beroept zich op een rechtvaardiging wanneer hij tot vergoeding daarvan wordt aangesproken. In het voorbeeld is dit degene die de deken wegrukt om iemand te redden.

Verder is te onderscheiden: degene wiens belang wordt behartigd. De nood waarin deze persoon verkeert, vormt de reden tot ingrijpen; zijn belang vertegenwoordigt de *reden tot ingrijpen*. Meestal is dit dus de geredde persoon of het geredde belang, dan wel de bedreigd(e) persoon (of het bedreigde belang). In het voorbeeld is dat degene die dreigt te verbranden.

Tot slot is er de schadelijdende persoon. Dit is degene *ten koste van wie* is opgetreden om het bedreigde belang te redden. Hij is ook degene tegenover wie het beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gedaan. In het voorbeeld van Meijers is dit de eigenaar van de deken.

In een situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond zijn de zojuist besproken aspecten, als gezegd, altijd aanwezig. Als aan elk van de vier betrokkenen een rol moet worden toegekend, gaat het om deze:

1. de veroorzaker;
2. de handelende;
3. de belanghebbende;
4. de benadeelde.

Aan het bovenstaande moet onmiddellijk worden toegevoegd dat de verschillende rollen niet altijd zo precies over vier verschillende partijen verdeeld zullen zijn. Verschillende rollen kunnen samenvallen in een partij. Zo kan de veroorzaker van de noodsituatie ook de belanghebbende zijn, in het voorbeeld van Meijers: als de brandstichter zelf in brand komt te staan en gered moet worden. Ook kan de handelende tegelijkertijd benadeelde zijn, in het voorbeeld van Meijers: als de handelende bij zijn reddingsactie zelf schade oploopt. Op dit soort 'verdichtingen' wordt aan het slot van dit boek, bij de bespreking van de schadevergoedingsplicht uitgebreider ingegaan.⁸⁷

⁸⁷ Zie hoofdstuk 12. In par. 12.2 (*De betrokken partijen*) wordt de rol van de verschillende betrokken partijen nader besproken, met de belangrijkste variaties op het basisschema.

1.6 HET GRENSGEBIED VAN ONRECHTMATIGHEID EN SCHULD

1.6.1 Plaatsbepaling

Niet alleen de grens tussen rechtmatigheid en onrechtmatigheid wordt in dit boek onderzocht. Ook het grensgebied tussen onrechtmatigheid en schuld wordt bestudeerd. Dit komt pas in zicht als de grens rechtmatig/onrechtmatig is gepasseerd. Vergelijk daarover nogmaals Loth, die aangeeft waarom een rechtvaardigingsgrond vooraf gaat aan een schulduitsluitingsgrond (door hem 'excuus' genoemd):

'Een excuus is pas aan de orde als het handelen niet gerechtvaardigd is. Excuseren is immers het aanvoeren van een verklarende reden terwijl een rechtvaardigende reden ontbreekt. Logisch gezien gaat een rechtvaardiging aan een excuus vooraf, en pragmatisch gezien impliceert het aanvoeren van een excuus de erkenning dat het handelen niet gerechtvaardigd is.'⁸⁸

1.6.2 Het karakter van rechtvaardiging en schulduitsluiting

Uit het voorgaande volgt wat de werking is van de rechtvaardigingsgrond: zij werkt normvormend en normhervormend. Een handeling die zich aanvankelijk liet aanzien als een normschending, blijkt rechtmatig bij aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. In soortgelijke gevallen zal evenmin sprake zijn van een normschending. De rechtvaardiging geeft derhalve informatie over hoe de norm voortaan moet worden toegepast. Strijards spreekt over de 'norm-heroriënterende werking':

'de (...) norm wordt genuanceerd: *dit* geval wordt er *niet meer* door bestreken. Niet meer: de nuance kan voor vergelijkbare gevallen worden geprolongeed'.⁸⁹

Geheel anders van aard is de schulduitsluitingsgrond. Deze zet de norm *zelf* niet buiten werking. Hij brengt alleen mee dat de geldende norm niet wordt toegepast op deze handelende (strafrechtelijk: dader). De reden daarvoor is deze:

88 Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 23. In dezelfde zin (voor het strafrecht) Strijards: 'Vanzelfsprekend komen de schulduitsluitingsgronden na de rechtvaardigingsgronden, zoals deze weer, op hun beurt, een 'te rechtvaardigen gedraging' en daarmee een vastgestelde dader vooronderstellen. *Schuld*, in de zin van: verwijtbaarheid, veronderstelt iets 'verkeerds', in het strafrecht: iets onrechtmatigs', *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 40.

89 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 37. Cursiveringen in origineel.

‘Bij een schulduitsluitingsgrond treedt het strafrecht terug voor een (hyperindividuele) innerlijke toestand van de dader. De normhandhaving eist niet, dat een dader, die het “niet helpen kon” gestraft wordt.’⁹⁰

Het citaat betreft het strafrecht. Maar de werking van een schulduitsluitingsgrond is in het civiele recht niet anders.⁹¹

Een schulduitsluitingsgrond laat de norm onaangetast. Hij verklaart alleen waarom het normale gevolg van een normschending in een bijzondere, bepaalde situatie buiten toepassing blijft. In het geval van een rechtvaardigingsgrond is van een normschending juist geen sprake meer. Hij geeft, om nog eenmaal Strijards te citeren,

‘voor de toekomst aan, welke actieradius de norm *niet* meer heeft’.⁹²

1.6.3 Het belang van rechtvaardiging en schulduitsluiting

Dit boek gaat, als gezegd, over de grenzen van de onrechtmatige daad.

Uit het hierboven omschreven karakter van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden vloeit voort dat de eerste groep veel belangrijker voor het onderzoeksonderwerp is dan de tweede. Immers: rechtvaardigingen raken aan de normschending, dus de eventuele onrechtmatige daad zelf; schulduitsluitingen niet. Deze laatste betreffen alleen de handelende (dader) in kwestie en laten de norm onverlet. Over de grenzen van de onrechtmatige daad verschaffen ze derhalve niet veel informatie. Om die reden is in deze studie een aanzienlijk prominenter plaats toebedacht aan rechtvaardigings- dan aan schulduitsluitingsgronden.

Er is nog een andere reden waarom de schulduitsluitingsgronden er wellicht wat bekaaid afkomen. Die reden is een inhoudelijke en daarmee loop ik vooruit op wat ik verderop in dit boek zal betogen.⁹³ Mijns inziens is – tenminste na de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 – het nut van de schulduitsluiting voor het civiele recht nagenoeg afwezig. Immers: zelfs als sprake is van een schulduitsluitingsgrond, kan toerekening op grond van wet of verkeersopvattingen plaatsvinden. Overigens is al in 1987 door Lange-meijer betoogd dat strafrechtelijke schulduitsluitingsgronden de civielrechtelijke aansprakelijkheid niet opheffen. Hij stelt:

‘Dat de eerste (verwezen wordt naar strafrechtelijke schulduitsluitingsgronden, MF) civielrechtelijke aansprakelijkheid niet aantasten, lijkt wel evident.’⁹⁴

90 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 39.

91 Vgl. ook Hart, *Punishment and responsibility* 1968, p. 13-14 en Loth, *Handeling en aansprakelijkheid* (diss.) 1988, p. 22-23.

92 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 39. Cursivering in origineel.

93 Bij de bespreking van de fenomenen schuld en schulduitsluiting in hoofdstuk 9 (*Schuld*).

94 Langemeijer, *Veroorloevende normen* 1987, p. 302.

Die evidentie is voor veel civilisten echter minder groot dan Langemeijer aannam. In dit verband hoeft maar te worden gewezen op de verschillende civielrechtelijke handboeken, die alle een uitgebreide bespreking bevatten van schulduitsluitingsgronden. Daarbij wordt meestal ook een opsomming van juist de strafrechtelijke schulduitsluitingen gegeven.⁹⁵

Maar als gezegd: schulduitsluitingsgronden zijn voor het huidige civiele recht mijns inziens van marginale betekenis. De lengte van de bespreking ervan in deze studie (die slechts een hoofdstuk omvat) is in overeenstemming met de betekenis die ik aan het onderwerp toeken.

1.7 TOT SLOT

In dit eerste hoofdstuk van de Terreinverkenning is het onderzoeksterrein omschreven, zijn de basisbegrippen uit deze studie gedefinieerd en is aangegeven op welke plaatsen in het boek de belangrijkste kwesties verder worden besproken.

Voordat in deel II (*Ordering*) een indeling en beschrijving van de verschillende soorten rechtvaardigingen wordt gegeven, moet eerst worden stilgestaan bij de vraag naar de vergelijkbaarheid van strafrecht en burgerlijk recht. Veel rechtvaardigingsgronden in het civiele recht zijn namelijk rechtstreeks overgenomen uit het strafrecht. Veel van de kennis omtrent rechtvaardigingen eveneens. Dat roept de vraag op in hoeverre het mogelijk is strafrechtelijke leerstukken te gebruiken in een civielrechtelijke context. Deze vraag staat centraal in het nu volgende hoofdstuk, waarmee de Terreinverkenning besluit.

95 Zie bijvoorbeeld: Lindenberg, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/70, Asser/Sieburgh 6-IV 2019/108 e.v.